

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL ANTE EL CASO PINOCHET

ESTHER GÓMEZ CAMPELO

Profesora Asociada de Derecho Internacional
Privado de la Universidad de Burgos

I. EL EXPEDIENTE CHILENO Y SUS FASES. LOS AUTOS DEL JUEZ GARZÓN

Con el ánimo de llevar a cabo una sintética exposición del íter procedimental en el caso Pinochet, comenzamos nuestra cronología de los hechos cuando en 1996 la Unión Progresista de Fiscales denunció las actuaciones que tuvieron lugar en Argentina y Chile en los años precedentes y que se saldaron con un elevado número de víctimas, algunas de nacionalidad española. Los Juzgados número cinco y seis de la Audiencia Nacional admitieron, en marzo y julio respectivamente, la demanda interpuesta y se declararon competentes para conocer. La Fiscalía de la Audiencia Nacional emitió dictamen favorable en el sumario chileno, momento tras el cual se inició la instrucción de las diligencias previas número 142 de 1996 contra Augusto Pinochet Ugarte y algunos de sus colaboradores¹.

En la primavera de 1998 las acusaciones particular y popular, que promovieron en julio de 1996 el sumario citado, presentaron ante el Juez Garzón, titular del Juzgado Central de Instrucción número cinco, una querella en la que denunciaban la desaparición de alrededor de doscientos chilenos en territorio argentino dentro de lo que se conoce como el «Operativo Cóndor». Y fue mediante esta conexión que este Juez pudo entrar a conocer del caso.

¹ Página 306 de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997.

El 22 de septiembre de 1998 Augusto Pinochet llega a Londres para ser operado de una hernia discal lumbar, intervención que se produce el 9 de octubre; al día siguiente, Amnistía Internacional solicita a las autoridades británicas su detención.

El 13 de octubre el Ministro de Asuntos Exteriores chileno, J. M. Insulza alega que viajar con pasaporte diplomático impide a la policía británica interrogar al general, pero ello no es obstáculo para que al día siguiente el juez Garzón solicite vía Interpol que se le preste información sobre la estancia de Pinochet en Gran Bretaña.

Precisamente los días 16 y 18 de octubre de 1998 el juez Garzón dicta sendos autos de prisión provisional incondicional y ampliación de la misma respectivamente, así como el libramiento urgente de una orden internacional de detención ante las autoridades judiciales británicas, por no hallarse el imputado a disposición de ese Juzgado; y es precisamente esa falta de disposición sobre el sujeto la causa que motiva la petición.

La decisión de solicitar prisión provisional se adoptó en atención a dos consideraciones: la gravedad de los hechos alegados y el alejamiento físico del imputado de la jurisdicción española. Se entendió, igualmente, que como vía previa e imprescindible para iniciar el subsiguiente procedimiento extradicional era preciso librar orden internacional de búsqueda y captura, para que las autoridades competentes pudieran proceder a su detención. Nos hallamos ante una habitual medida cautelar de naturaleza personal que puede extenderse durante la instrucción del sumario e incluso más allá, en atención a las circunstancias². Bien es cierto que cabe proceder a la concesión de libertad bajo fianza si el imputado carece de antecedentes penales, sin embargo la medida cede si se teme fundadamente la incomparecencia en el proceso por causa de falta de arraigo en el lugar de detención o el temor de que pueda huir a su país de origen³.

Pese a que la medida de prisión provisional ha de tener carácter excepcional, también es un instrumento que garantiza la celebración del proceso si concurren circunstancias que permiten

² L. PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ y E. G. DE CABIEDES: *Derecho Procesal Penal*. Madrid 1982, página 262.

De igual modo se expresa el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³ Tal sucede, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos NEUMEISTER, de 26 de junio de 1968 y STOGMULLER, de 10 de noviembre de 1969.

hacer dudar de la misma⁴, incluidas, por ejemplo, el propio delito imputado, su gravedad o la «alarma social» que provoca, concepto jurídico indeterminado que ha movido, sin éxito, a su precisión.

En oposición a estas medidas, el Fiscal General del Estado J. Cardenal y el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional E. Fungairiño, ordenaron recurrir la orden de detención, la de prisión provisional y el libramiento de comisión rogatoria internacional⁵. Basándose en la falta de jurisdicción de la justicia española, en la inmunidad de que goza el ex-dictador por ostentar la condición de senador vitalicio y en la falta de notificación de la orden de detención internacional, el Fiscal de la Audiencia Nacional P. Rubira pidió la anulación de dicha orden dictada por Garzón, a través de un recurso de reforma sobre la incompetencia de la Audiencia Nacional. El recurso fue desestimado por auto del Juzgado, de fecha 1 de octubre de 1998, contra el que el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, admitida en un sólo efecto⁶.

El 20 de octubre de 1998, el Juzgado Central de Instrucción número seis, al frente del cual se encuentra M. García Castellón, se inhibe mediante auto en la causa 1/98 —que tramita los hechos acontecidos en Argentina y Chile entre los años 1976-1983 y 1973-1990 respectivamente en favor del Juzgado Central de Instrucción número cinco que, por contra, acepta mediante auto la competencia, incorporándolo como la pieza separada número tres del sumario 17/97 abierto respecto a Argentina, para su correspondiente instrucción.

En el procedimiento que se sigue en este Juzgado de la Audiencia Nacional para perseguir delitos de genocidio en Argentina, se cons-

⁴ El auto de prisión provisional ampliada, de 18 de octubre de 1998 dice: «(...) en atención a la gravedad de los hechos que se imputan y la situación del querellado, que se encuentra fuera del alcance de la jurisdicción española, procede acordar la prisión provisional incondicional (...). Resulta evidente que al no hallarse el imputado a disposición de este Juzgado no puede celebrarse la audiencia prevista en el artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo por tanto el juez potestad para decretar la prisión como única medida para impulsar adecuadamente la instrucción y posibilitar que aquél comparezca ante la autoridad judicial».

⁵ En el Informe remitido al Congreso de los Diputados por Cardenal el 17 de diciembre de 1997, se apoyaba la negativa de Fungairiño a investigar la desaparición de nacionales españoles en el mencionado contexto.

⁶ El juez Garzón, siguiendo una tendencia que es, por otra parte, mayoritaria en la doctrina española, consideró en el Razonamiento jurídico primero del auto de solicitud de extradición, que no era posible que la interposición de ese recurso paralizara el procedimiento, habida cuenta que si la ley no lo establece expresamente, la apelación sólo ha de admitirse en un efecto, el devolutivo, pero nunca en el suspensivo (artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

tuvo que los hechos imputados en el sumario 17/97⁷ podían ser vinculados a los actos que tuvieron lugar en Chile antes y después del golpe de Estado encabezado por A. Pinochet en septiembre de 1973. El Informe Rettig, donde se relata la cruenta y feroz represión ideológica, la constatación del «Operativo Cóndor», en el que la desaparición, el secuestro, el asesinato y las torturas adquirieron ámbito extranacional y, finalmente, los reiterados testimonios de víctimas, familiares y organismos internacionales, han llevado a aquel órgano a la certeza razonable de que existen indicios suficientes como para proceder judicialmente a tenor de la presunta participación del imputado en el desarrollo de los hechos que acontecieron⁸.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional se opone reiteradamente a la extradición, pero el 30 de octubre el pleno de 12 Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestima los recursos de apelación de la Fiscalía —presentados el 24 de mayo y el 6 de octubre— y declara por unanimidad mediante auto la competencia de la justicia española para enjuiciar los crímenes cometidos en territorio chileno.

En paralelo, el 26 de octubre comienza en Londres el juicio de apelación contra la detención de Pinochet, alegando sus defensores el derecho a inmunidad como ex-Jefe de Estado. La circunstancia de que esa inmunidad se ampare en el cargo intemporal de la senaturía vitalicia ha provocado opiniones jurídicas y debates políticos encontrados: conviene no olvidar que las Resoluciones B4-0194, 0235 y 0246/1998 del Parlamento europeo, rechazaron en su momento la concesión del nombramiento de senador que ahora se utiliza por la defensa. El día 30 del mismo mes, un tribunal británico acuerda su libertad condicional vigilada o, dicho en términos afines al derecho español, decreta prisión provisional manifestada a través del arresto domiciliario bajo control policial en todo momento.

Mientras, el juez Garzón confirma el 27 de octubre los autos de prisión incondicional y la orden de detención internacional, rechazando los recursos de la Fiscalía contra esas decisiones; el 3 de no-

⁷ En dicho sumario seguido por genocidio y terrorismo, se dictó auto de fecha 25 de marzo de 1998.

⁸ Como circunstancia relacionada con los hechos que constituyen el procedimiento extradicional, el juez Garzón emitió, el día 23 de octubre de 1998 una orden de embargo de todas las posibles cuentas que tuviera abiertas el ex-dictador en Suiza y Luxemburgo. Con ello se pretenden bloquear sus fondos con el fin de poder hacer frente, en su caso, a las posibles indemnizaciones exigibles en el curso del proceso.

viembre solicita al Gobierno español que reclame a Gran Bretaña la extradición de Pinochet —lo que se lleva a cabo el día 6 a través de la Embajada española en Londres, siendo el día 11 cuando el Ministerio del Interior británico recibe dicha petición—; los cinco jueces supremos de la Cámara de los Lores empiezan a examinar la apelación interpuesta por la justicia española, que actúa en territorio británico representada por A. Jones, Fiscal de la Corona, por entender que no cabe el reconocimiento de inmunidad diplomática que le fue concedida el día 28 de octubre por la sala del Tribunal Superior de Londres presidida por lord Bingham, juez-jefe de Inglaterra y Gales⁹.

El 25 de noviembre la Cámara de los Lores sentencia por mayoría de tres votos a favor y dos en contra que Pinochet no puede ostentar inmunidad soberana que obste la extradición a España, casando en apelación la anterior decisión de la justicia británica y ratificando seis semanas después la legalidad de la detención practicada.

El 9 de diciembre el Ministro del Interior J. Straw autoriza el procedimiento de extradición por los delitos de terrorismo y torturas; dos días después, Pinochet comparecía ante el tribunal de Belmarsh para cumplir con la «audiencia de instrucción» exigida por la ley británica. El día 12 la defensa del ex-dictador solicita ante la Cámara de los Lores la anulación del fallo que denegaba la inmunidad, por entender que uno de los jueces, lord Hoffman, no fue imparcial en la decisión adoptada, por el hecho de pertenecer a Amnistía Internacional. El 17 de diciembre la Cámara acepta los argumentos esgrimidos por la defensa y procede a anular la retirada de la inmunidad; de este modo, otro tribunal debe reconsiderar el fallo del 25 de noviembre debatiendo de nuevo acerca de este punto.

El 24 de marzo de 1999 los siete jueces lores deciden por mayoría de seis votos contra uno que el general se vea sometido al procedimiento de extradición, sin que quepa alegar por la defensa causa de inmunidad, aunque reconsiderando y limitando considerablemente el contenido de la petición española. El 14 de abril, Straw se mostró favorable a la prosecución de los actos tendentes a lograr la entrega a España considerando las graves acusaciones de tortura y conspiración para torturar realizadas a partir del 8 de diciembre de

⁹ El 20 de noviembre, el Comité de la ONU contra la tortura solicita el procesamiento de Pinochet y advierte a Gran Bretaña de que en caso de impedir el juicio podría incurrir en la vulneración de tratados internacionales en vigor.

1998, únicos tipos delictivos por los que la Cámara de los Lores, en su anterior decisión del 24 de marzo, permiten la entrega. De este modo, el Alto tribunal de Justicia dictó dos días después una nueva orden de arresto en sustitución de la anterior aún vigente y consecuencia de la autorización de Straw del 9 de diciembre de 1998 al procedimiento extradicional.

Tras anunciar el Gobierno chileno que acudiría al Tribunal Internacional de La Haya para que resolviera mediante arbitraje la competencia de los tribunales españoles, el juez Garzón presenta 64 casos de tortura con el fin de ampliar el procesamiento; esta circunstancia, que se produce mediante auto de 30 de abril, tiene como efecto inmediato el recurso presentado por el fiscal I. Peláez, en el entendimiento de que la ampliación de casos es contraria a la Convención contra la tortura de Naciones Unidas, y que además, convalidaría plantear un proceso de extradición nuevo. El 6 de mayo, los abogados de Pinochet presentan ante el Alto Tribunal una solicitud para apelar la decisión del Ministro del Interior británico favorable a la extradición.

Abandonada la idea de acudir a La Haya, el Gobierno chileno plantea más tarde proceder a un arbitraje con España, con el fin de llegar a una correcta interpretación de la Convención contra la tortura en el marco de este caso¹⁰. Mientras tanto, el juez del Alto Tribunal de Justicia H. Ognall rechazó, el 27 de mayo, la solicitud de los abogados de Pinochet para presentar un recurso de revisión o impugnación de la decisión del Ministro Straw. Se pone el 30 de agosto como fecha límite para presentar nuevos cargos y se convoca para septiembre el juicio de extradición.

A todo ello hay que añadir que, mientras tanto, el fiscal P. Rumbira, sustituyendo a I. Peláez —encargado del caso— solicitó, el 29 de julio, ante la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la anulación del auto de prisión (dictado el 16 de octubre de 1998 por Garzón)¹¹.

¹⁰ Como argumentación que justifica esta nueva idea se baraja un viejo Tratado sobre controversias firmado por ambos países en 1927 y que dirimía todo tipo de litigios entre las Partes.

Sin embargo, la unánime oposición de juristas y fuerzas políticas lograron entorpecer esta vía incluso antes de que el Ministerio español de Asuntos Exteriores planteara la consulta al Consejo de Estado.

¹¹ Así, se pone de manifiesto que el fiscal I. Peláez recurrió el 17 de octubre de 1998 el auto de prisión provisional que el juez Garzón dictó el día anterior y «este dilatado transcurso del tiempo sin que se haya resuelto dicho recurso hace que se haya vulnerado el artículo 17 de la Constitución española, debiéndose poner en libertad al señor Pinochet».

A fin de que constara en el juicio de extradición que comenzó en Londres el 27 de septiembre de 1999, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional remitió el día 24 una resolución a las autoridades británicas en la que confirma el auto de prisión precisando, igualmente, que los delitos de que se acusa al ex-dictador son los de genocidio, terrorismo y torturas, al margen de los límites fijados por la Cámara de los Lores que circunscribía los tipos al delito de torturas cometidas después del 8 de diciembre de 1988.

El 8 de octubre, el Tribunal de Bow Street y su magistrado jefe R. Bartle se mostró favorable a la extradición a España de Pinochet; a partir de este momento, le ha sido enviada a Straw toda la documentación del caso para que sea él quien decida en última instancia acerca de la entrega.

II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Cuando se suscita el inicio de un procedimiento destinado a lograr la extradición de una persona por sus presuntas o confesas conductas delictivas, es absolutamente preciso determinar con carácter previo si el Estado que plantea la solicitud ostenta competencia para conocer de los hechos que alega como causa de la petición.

Que el país que reclama sea precisamente el que ha de mostrar esa competencia para conocer y resolver es un requisito positivo que el Convenio Europeo de Extradición no menciona como tampoco lo hace nuestra Ley de Extradición donde, junto a los documentos relativos a la solicitud, se omite la exigencia de acreditación de la competencia judicial del Estado requirente.

Este es, ciertamente, uno de los puntos más controvertidos en el procedimiento de extradición que se sigue contra Augusto Pinochet por las autoridades españolas. La polémica surgió a raíz de la falta de acuerdo que han mantenido sobre el particular el juez instructor del caso y el fiscal jefe de la Audiencia Nacional; esta situación motivó la decidida intervención de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Los fiscales P. Rubira e I. Peláez, en línea con los planteamientos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y la Fiscalía General del Estado, cuestionaron la jurisdicción española con argumentos

como el de que los delitos imputados no habían sido cometidos en España —se acudía así, al criterio de atribución competencial basado en el lugar de perpetración del hecho, al principio de territorialidad¹²— o cuestionando la existencia de genocidio y terrorismo según la naturaleza y contenido que de ellos hace la normativa española.

En el auto del Pleno se declaró por unanimidad y con carácter irrecorrrible la jurisdicción de los tribunales españoles para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, es decir, para juzgar los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, y todo ello en atención a dos preceptos:

1.º El artículo 6 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio¹³. En él se dice: *«Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción»*.

A partir de ello puede entenderse que si las autoridades del Estado donde tuvo lugar la comisión de los hechos se inhiben y la corte penal internacional o no existe o carece de competencia para la persecución y represión de tales conductas, no se aprecia inconveniente jurídico alguno para que subsidiariamente conozca una jurisdicción estatal interesada¹⁴, cualquier otro Estado de la comunidad internacional, en este caso, el español; es más, otra actitud conllevaría necesariamente la indeseable impunidad de los hechos. El auto desarrolla la norma convencional mediante una interpre-

¹² No deja de sorprender por su falta de uniformidad y coherencia la actual posición de la Fiscalía; prueba de ello es el informe emitido por E. Torres-Dulce, fiscal jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía del Estado, en el que se reconocía, a principios de 1998, la jurisdicción española para conocer delitos de terrorismo cometidos en Chile a partir de 1985. Más aún, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997, con referencia a los procedimientos investigados a lo largo del período anual anterior, se decía en su página 306 lo siguiente: *«Tras el dictamen favorable de la Fiscalía, se dictó la instrucción de las diligencias previas n.º 142 de 1996 contra el general Augusto Pinochet y otros, por la desaparición de ciudadanos españoles durante la dictadura habida en Chile desde 1973»*. En cualquier caso, que algunas de las víctimas de la represión fueran españolas no puede emplearse como argumento para legitimar el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles, ya que que no aparece recogida como causa de atribución por parte de la normativa española.

¹³ Firmado en Nueva York el 9 de diciembre de 1948.

¹⁴ Ello en razón al principio de prevalencia del tratado internacional sobre la norma interna (artículo 97 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, de 1969 y artículo 96 de la Constitución española, de 1978).

tación de su espíritu, destinado a luchar contra el genocidio como delito de derecho internacional, eludiendo opciones limitativas o excluyentes.

Frente a esta vía interpretativa, se han levantado voces que entienden que la Convención sobre el Genocidio no deja margen a las actuaciones judiciales de terceros Estados; algunos de los fundamentos vertidos por la Cámara de los Lores en su resolución de fecha 25 de noviembre de 1998 rechazan la jurisdicción de la justicia española precisamente sobre esta base argumental¹⁵.

2.º El artículo 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su texto se fija en el principio de competencia universal, basado en la entidad o gravedad de los hechos. Siendo su fundamento la necesidad de impedir la ausencia de conocimiento y, en su caso, sanción de los hechos imputados, se facilita a través suyo el enjuiciamiento de ciertas conductas especialmente sancionables sin importar la adscripción estatal del sujeto activo o pasivo y el lugar en que la lesión se produjo¹⁶. Ahora bien, para dar entrada a este precepto es preciso que las conductas alegadas caigan en los tipos que fundamentan esta competencia.

De la síntesis de las dos normas empleadas en la argumentación se puede inferir que la Ley Orgánica al referirse al criterio de la universalidad, facilita una interpretación amplia en cuanto al ámbito competencial de los tribunales españoles, permitiendo subsidiariamente un conocimiento no previsto expresamente en el texto convencional citado; sin embargo, esta opción es, a juicio de muchos, un exceso hermeneútico, y denota el empleo de criterios sociales o de opinión escasamente ajustados a derecho.

Al hilo del debate surgió la polémica sobre la retroactividad de la competencia penal internacional; pero tanto la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial como la actual, en vigor desde 1985, sancionan la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los delitos que aquí se imputan, aún habiéndose cometido fuera de nuestras fronteras, así por españoles como por extranjeros.

¹⁵ Para lord Slynn «el Convenio sobre genocidio, en su artículo 6 limita la jurisdicción a un tribunal del territorio en el que se ha cometido el acto (...)».

¹⁶ Como indica J. J. DIEZ SANCHEZ en la página 174 de su obra *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*. Madrid 1990, «...a la ubicuidad o cosmopolitismo del delito corresponde la ubicuidad o cosmopolitismo de la ley represiva, de tal forma que el culpable encontrará siempre un juez y una pena sin distinción de nacionalidades y de territorios».

La discusión en torno a este particular ha consistido en entender por algunos que al ser la vigente Ley Orgánica posterior a la fecha en que se produjeron los hechos que integran el auto de solicitud de extradición, no cabe esgrimir su aplicación; se defiende, de este modo, que una jurisdicción sustentada sobre los preceptos 23,4 letras a), b) y g) y 65,1 letra e) carece de fundamento al vulnerarse el sagrado principio de la irretroactividad¹⁷.

Frente a este argumento, que daría por buena la jurisdicción de los tribunales españoles si las fechas fueran otras, procesalistas como Gómez Orbaneja muestran el equívoco de confundir una ley sustantiva y una procesal; esta sólo afecta al conjunto del proceso, actuaciones que configuran el proceso, que tiene lugar en un momento concreto con independencia de cuándo se produjeron los hechos. De igual modo debemos argumentar cuando se esgrimen normas sobre la atribución de jurisdicción¹⁸.

Como norma procesal y no sancionadora, como precepto destinado a regular la jurisdicción española y no a tipificar conductas, no existe inconveniente jurídico alguno para atribuir esa jurisdicción por hechos realizados con anterioridad a su vigencia. Uno de los puntos más controvertidos fue, precisamente, la retroactividad de las disposiciones procesales. Como dice el propio auto, *«el principio de legalidad (...) impone que los hechos sean delito (...) cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito»*.

Aunque a título testimonial, conviene recordar aquí el acuerdo del Parlamento Europeo adoptado el 18 de septiembre de 1997, en el que se aprobó por unanimidad esa competencia, sobre el referente de la normativa española. También el Ministro del Interior británico expresó en su Autorización de 9 de diciembre de 1998 que *«(...) no hay precepto de Derecho internacional que excluya la jurisdicción de España en este asunto»* y que *«(...) ha actuado basándose en que tiene potestad (...) para considerar la petición española como bien fundada bajo la legislación española (...)»*.

¹⁷ Es interesante recoger la opinión vertida por Lord Lloyd quien, en la decisión del Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores sobre la no inmunidad del exdictador (25-XI-1998) y al pronunciarse sobre la competencia judicial en la extradición, declaró que ésta no depende del momento en que se realizó el hecho sino en el que se inició el procedimiento.

¹⁸ J. VICENTE CHAMORRO: «España, competente contra las dictaduras del Cono Sur», en *El País* de 30 de octubre de 1998.

Bien es cierto que otros países como Francia, Bélgica, Suiza o Alemania han reclamado la extradición de Pinochet, pero curiosamente, ninguno de estos u otros Estados solicitantes —excepto Italia— han basado su competencia en el principio de persecución universal como criterio preferente, sino en el de personalidad pasiva, es decir, atendiendo a la nacionalidad de las víctimas¹⁹.

Nuestra normativa indica, sin margen de dudas, que cuando el hecho ha tenido lugar en un tercer Estado que no reclama su conocimiento²⁰, y el Estado requerido no atribuye una competencia

¹⁹ Resulta de interés el breve estudio que sobre este particular lleva a cabo K. AMBOS K: «El caso Pinochet y el Derecho aplicable», en *Revista Penal* n.º 4, julio 1999, páginas 6 y 7.

²⁰ Chile sí ha indicado su jurisdicción única sobre la base del principio de territorialidad de las normas sancionadoras, por ser de ese país el presunto autor y la mayoría de sus víctimas y, sobre todo, por ser Chile el «*locus delicti commissi*». Abundando en este criterio, existen acusaciones contra Pinochet por crímenes no exculpatos por la Ley de Amnistía de 1978 y el obstáculo de la inmunidad que le proporciona la senaturía podría desaparecer por decisión de la Corte Suprema.

Todos estos argumentos serían definitivos y en consecuencia, debería cederse la competencia de forma automática, salvo por un detalle: la dejación de funciones jurisdiccionales conlleva una manifiesta e indeseable impunidad y, resulta a todas luces ingenuo imaginar un procedimiento penal contra el ex-dictador en un país cuyos responsables políticos han tomado partido abiertamente, elaborando leyes exculpatorias y un texto constitucional a medida, abdicando, en definitiva, de sus funciones. Tampoco conviene olvidar que, en cualquier momento la competencia para conocer del caso puede ser reclamada por los tribunales militares chilenos, circunstancia que, como resulta obvio, dificultaría más aun la satisfactoria resolución del proceso.

La actitud del Gobierno chileno llevó a la Comisión Interamericana de derechos humanos a manifestarse así: «*Los hechos denunciados contra el Gobierno democrático causan, de un lado, incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile de adecuar las normas de su derecho interno a los preceptos de la Convención Americana, lo que viola sus artículos 1,1 y 2, del otro, su aplicación, que genera denegación del derecho a la justicia en agravio de las personas desaparecidas consignadas en las denuncias, lo que viola los artículos 8 y 25 en conexión con el 1,1.*»

Frente a eso, nada mejor que oponer la doctrina del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus: «*aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del Derecho Penal, no es menos cierto que todos, o casi todos estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado La territorialidad del Derecho Penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del Derecho Internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial*». La sentencia es de fecha 9 de septiembre de 1927.

En el caso Attorney General v. Eichmann (1961-1962), Israel se atribuyó jurisdicción penal extraterritorial acerca de hechos que tuvieron lugar en Alemania, pero no por ser judías algunas de las víctimas, sino por entender que ciertas conductas, por su gravedad, constituyen crímenes de carácter internacional y jurisdicción universal. Las críticas vertidas al Estado israelí no lo fueron por esta atribución competencial a sus órganos judiciales, sino por su comportamiento expeditivo y falta de respeto a las convenciones internacionales por el secuestro del sujeto reclamado el año 1960 en Buenos Aires por parte de agentes de los servicios secretos israelíes (Mosad) con Iser Harel como jefe de la operación, sin que mediara procedimiento extradicional, y su posterior ejecución en mayo de 1962.

derivada de su vis atractiva a sus autoridades judiciales, no parece improcedente fijar a priori la competencia en el Estado requiriente si, además y sobre todo, se la atribuye su propia normativa²¹ o un Tratado ratificado y en vigor²².

Es precisamente esta idea la que suscita las dudas que ahora se comentan. El Convenio Europeo de Extradición contempla el supuesto que nos ocupa, pero exige que el Estado requerido tipifique ese delito como susceptible de persecución extraterritorial²³; en este caso, no se ha planteado problema alguno, puesto que las autoridades británicas han entendido que los hechos son susceptibles de ubicarse en el tipo penal de las torturas. Igualmente, el artículo 8 del Convenio contra la tortura considera esa conducta incurso «entre los delitos que dan lugar a extradición en todo Tratado de extradición celebrado entre Estados Parte». El artículo 23,4 g de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a los tribunales españoles si el delito es perseguido conforme a un convenio internacional, circunstancia que se verifica con las torturas. Con todo, si España tiene jurisdicción para conocer de los casos de genocidio y terrorismo, y las torturas forman parte de ellos integrándolos, los razonamientos han de ser los mismos²⁴.

²¹ En el artículo 4,5 de nuestra Ley de Extradición Pasiva se accede a la concesión «(...) cuando se hubiera decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada».

²² Así se expresa el Convenio contra la tortura, firmado en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (BOE n.º 268, de 9-XI-1987), que en su artículo 5,2 dice: «Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo I del presente artículo». Es esta una clara referencia al principio de justicia universal.

²³ Artículo 7,2: «Cuando el delito que motivare la solicitud de extradición se hubiere cometido fuera del territorio de la Parte requirente, la extradición solamente podrá ser denegada si la legislación de la Parte requerida no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o no autorizare la extradición por el delito objeto de la solicitud». Lord Lloyd, en la decisión de la Cámara de los Lores de 25 de noviembre de 1998 sobre la inmunidad, dice: «El principio subyacente de todos los tratados de extradición entre Estados, incluido el Convenio Europeo de Extradición de 1957, es la reciprocidad. No concedemos extradición por delitos por los que no esperamos y no solicitaríamos una extradición a otros países».

²⁴ Ver auto de ampliación del procesamiento de A. Pinochet por 64 nuevos casos de tortura (30 de abril de 1999). En su Razonamiento Jurídico primero se dice: «Los hechos descritos integran el tipo penal del delito de torturas (...), sin perjuicio de ello, las torturas en sí mismas consideradas y el resultado de las mismas, que en algunos casos ha sido o bien de muerte, o bien de desaparición forzada, o bien las lesiones de las víctimas han constituido los medios comisivos o instrumentos a través de los que se han cometido presuntamente el delito de terrorismo (...), y de un delito de genocidio (...) por cuanto el resultados de las torturas (muerte o lesión) (...) también constituiría instrumento de ejecución del mismo».

Una posibilidad que se baraja como teóricamente factible permitiría la constitución de un tribunal *ad hoc* para conocer de los crímenes cometidos en Chile —y Argentina— durante sus períodos de dictadura. Para ello, Gran Bretaña en tanto miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría excitar de la Organización la formación de una corte penal para conocer de estos casos sobre la base jurídica del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En cualquier caso, son tan graves los hechos imputados que su conocimiento deberá recaer sobre el Estado en donde el sujeto se refugia o, en su caso, en el que lo reclama: *aut dedere aut iudicare*. Así se deriva de la lectura de la Convención contra la tortura, en cuyo texto se indica que si el presunto autor se encuentra en el territorio de un Estado firmante, se procederá a su extradición o se le entregará a las autoridades competentes (artículo 7,1).

III. LOS HECHOS IMPUTADOS Y SU CORRECTA TIPIFICACIÓN

Los hechos que se relatan con desasossegante claridad en el documento oficial que se conoce por el nombre de Informe Rettig, constituyen para el juez instructor —y conforme a la debatida interpretación de la ley penal española supuestos indiciarios de delitos enmarcados en los tipos del genocidio, terrorismo y torturas, todos ellos admitidos a efectos del procedimiento extradicional²⁵.

Acerca de la correcta calificación de los hechos, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se ha pronunciado con resolución unánime a favor de la tipificación hecha por el juez en el auto de prisión provisional incondicional²⁶. Es ilustrativo de todo ello y de sumo interés en este punto, conocer las argumentaciones

²⁵ La admisión se entiende tan sólo desde la consideración que de los hechos se haga por del Derecho español.

²⁶ En el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia, de 24 de septiembre de 1999, que desestima el recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra los autos del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de fecha 16 y 18 de octubre de 1998 y procede a confirmar la prisión de Pinochet, el Razonamiento Jurídico décimo, dice respecto a la calificación legal lo siguiente: «La calificación legal de los hechos relatados, como constitutivos de delito de genocidio (art. 607 en relación con el art. 139 —asesinato—, y arts. 163, 166 y 167 —detención ilegal y secuestro—, terrorismo (arts. 515, 516.2, 571, 572 y 577) y torturas (art. 174), con arreglo a la legislación española, se contiene en los Fundamentos de Derecho quinto, sexto y séptimo del auto del Pleno de 5 de noviembre de 1998, a cuyos razonamientos se remite expresamente este Tribunal, dándolos por reproducidos».

vertidas en los Razonamientos jurídicos sexto a decimosegundo del auto de solicitud de extradición.

La cuestión que se plantea es si los tribunales españoles tienen aptitud para calificar las concretas actuaciones que configuran la solicitud de extradición como delito de genocidio conforme a los derechos nacionales e internacionales implicados²⁷. El criterio sustentado por la Fiscalía valora como errónea la tipificación jurídica de los hechos por cuanto no constituyen el tipo alegado²⁸.

La definición que de este delito hace el artículo 6 de la Corte Penal Internacional²⁹ se remite por entero a la elaborada por la Convención sobre prevención y sanción del genocidio³⁰. La acusación en virtud de este tipo delictivo ha sido la más conflictiva, puesto que las demás imputaciones no se han cuestionado con esa intensidad.

La discusión doctrinal acerca de si los hechos imputados podían calificarse como integrantes del tipo genocidio a efectos de fundamentar la solicitud carece por el momento de interés, puesto que la Cámara de los Lores ha entendido que no existiendo regulación legal del particular en su ordenamiento, no se cumple el presupues-

²⁷ Discutir como se ha venido haciendo si el fundamento del exterminio sistemático de grupos de personas ha de serlo o no por causas políticas, no deja de sorprender cuando a nadie le extrañó que en el año 1994 el Congreso de Estados Unidos aprobara el denominado *Cambodian Genocide Justice Act*, por el cual se sentaba un precedente de enorme interés en el ámbito penal internacional. En aquel momento se entendió que las matanzas llevadas a cabo en Campuchea hoy Camboya entre el 17 de abril de 1975 y el 7 de marzo de 1979 por los jemerres rojos bajo las órdenes de Pol Pot, constituían un caso flagrante de genocidio y por ello, sus conductas susceptibles de ser perseguidas por cualquier tribunal.

²⁸ La falta de una coma entre «nacional» y «étnico» llevó a restringir las conductas hasta el extremo de extraerlas del tipo, procediendo consecuentemente a su limitación; idéntico criterio se ha seguido, aunque obviamente desde distintos parámetros, por el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Lo que sí resulta irrefutable es la ausencia en la norma de la referencia al «grupo político» como objeto del delito; no estamos ante un tipo protegido y, en consecuencia, existen objeciones de cierta entidad a incluir esas conductas en el tipo del genocidio, sobre la base del principio *nullum crimen sine poena*.

²⁹ Aprobado en Roma, el 17 de julio de 1998.

³⁰ «En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) matanza de miembros del grupo
- b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial
- d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
- e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

Esta Convención se publicó en el BOE n.º 34 de 8 de febrero de 1969 y el contenido de esta norma fue esgrimido por la Fiscalía General del Estado para rechazar la asimilación de las conductas imputadas a esta tipología, al no concurrir estrictamente ninguno de sus presupuestos.

to básico para integrar la petición de extradición, cual es la doble incriminación. De hecho, según la legislación británica el genocidio sólo es perseguible si la conducta que lo integra ha tenido lugar en ese país; no cabe, pues, el tratamiento extraterritorial de esta figura. La sección segunda de la Ley británica de Extradición no admite la entrega por este hecho de forma que el Ministerio del Interior de ese país no los incluyó en su autorización para iniciar el procedimiento contra A. Pinochet.

Una vez que esta figura ha quedado marginada de las primeras fases del procedimiento de extradición se plantea ante las autoridades británicas la consideración de los demás tipos empleados por el juez español como argumentación justificativa de su reclamación.

Tras la decisión del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores a través del fallo emitido el 24 de marzo de 1999, una de cuyas características más reseñables fue la marcada división de opiniones, se procede a una limitación de los tipos delictivos susceptibles de provocar la entrega, al circunscribirse a torturas y «conspiración» para torturar³¹, de forma que se restringió visiblemente el ámbito de aplicación material. Con ese criterio, aunque en Gran Bretaña la tortura sea delito con anterioridad a 1973, la Convención internacional contra la tortura sólo está en vigor desde el 12 de diciembre de 1988, fecha a partir de la cual se comenzará la persecución penal internacional³² por incluirse en la Sección 134 de la Ley de justicia penal de 1988.

Se plantea ahora un problema de calificación de los hechos que se integran bajo el ámbito de las desapariciones, puesto que para

³¹ Conviene aclarar que el término inglés «*conspiracy*» no ha de traducirse literalmente como «conspiración», sino como conjunto de hechos llevados a cabo por dos o más personas y que integran un plan criminal concreto. Así se pone de relevancia en el Fundamento de derecho Cuarto de la resolución del recurso de queja n.º 77/99, de la Sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 1999. De igual modo, el juez Garzón, en el auto por el que se amplía el procesamiento contra Pinochet por nuevos casos de tortura, de 30 de abril de 1999, dice en su Razonamiento Jurídico primero: «(...) la denominada *Conspiracy inglesa*, que no es más que una autortía por inducción y/o cooperación necesaria según el Código Penal español (...)».

³² No deja de resultar curioso comprobar cómo los jueces lores han configurado el principio de la doble incriminación más allá de lo exigible por los dos Estados implicados, requirente y requerido; también es preciso que el hecho se valore como punible por el Convenio suscrito entre ambos.

Quizá aquí se deba considerar el contenido del ya citado artículo 8 del Convenio contra la tortura en cuyo numeral 1 se considera que las conductas que integran el tipo serán consideradas objeto de extradición en cualquier Tratado de extradición que celebren los Estados miembros.

las Naciones Unidas son una variante de las torturas³³; las 1200 desapariciones forzadas han de sumarse entonces a los 50 casos de torturas propiamente tales que tuvieron lugar desde 1988. En respuesta a la petición de Straw sobre casos de tortura posteriores al 8 de diciembre de 1988 —la solicitud de nuevos datos se hizo mediante escrito del Crown Prosecutor Service—, el juez Garzón emitió auto de fecha 26 de marzo de 1999 ampliando la querrella por 85 casos de presuntas torturas ocurridas entre el 29 de septiembre de 1988 y el 12 de marzo de 1990. En apoyo a sus argumentaciones, el juez cita —interpretando a *contrario sensu*— el artículo 1,1 *in fine* de la Convención contra la tortura³⁴.

También aquí la Fiscalía española es contraria a valorar los hechos imputados de consuno con el juez instructor; tales conductas no se consideran constitutivas del delito de tortura siguiendo una interpretación estricta de los presupuestos, básicamente de orden teleológico, que se exigen por el Código Penal español para integrar la calificación³⁵.

Por lo demás, quedaron también fuera desde ese momento otros delitos imputados desde España, el asesinato y la toma de rehenes, tipos que integran el catálogo de actos de terrorismo y que se aceptaron en la Resolución emitida por el Ministro del Interior Straw el 9 de diciembre de 1998; la razón para todo ello se encuentra en una grotesca y decepcionante apreciación de la inmunidad soberana que parece amparar estas conductas cuando se revisten de «*actos de Estado*», y todo ello frente a los criterios emitidos en el primer fallo de los jueces lores. No es este, sin embargo, el lugar adecuado para abordar esta cuestión, que podría ser objeto de un estudio independiente acerca de las causas y efectos que conlleva la inmunidad soberana.

Para el Ministerio Fiscal, la finalidad del terrorismo es subvertir el orden y los valores constitucionales patrios, pero siempre desde el referente español. Sin embargo, al negar una posibilidad de comisión extra-territorium se está impidiendo el juego del artículo 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o lo que es igual, se aleja de esa conducta el calificativo de crimen perseguible interna-

³³ Así se puso de manifiesto en la Declaración de protección de las personas bajo desaparición forzada, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992.

³⁴ «No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

³⁵ Asimismo, según la Fiscalía, el artículo 5,1 del Convenio contra la tortura limita la persecución a los casos en que la víctima tenga la nacionalidad del Estado reclamante.

cionalmente; esta dualidad es la que suscita dudas interpretativas respecto a los artículos 571 y siguientes del Código Penal. Entendemos que abogar por una interpretación territorialista del tipo conlleva vaciar de contenido la referencia que a él hace la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según la Audiencia Nacional, la intención de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública ha de ubicarse en el ordenamiento jurídico del país —cualquiera que sea— donde la conducta se verifica, y ello no ha de obstar para que tal conducta incurra en el tipo del terrorismo tal y como lo presenta el artículo 23,4 de la Ley Orgánica.

En resumen y para concluir, tanto el genocidio como el terrorismo podrían quedar, aunque por distintas razones, fuera de toda consideración en la fase de puesta a disposición del sujeto ante las autoridades requirentes, y las torturas, si bien se admiten, su apreciación se restringe en el tiempo de modo considerable³⁶.

Conviene, no obstante, hacer una precisión de naturaleza técnico-procesal: una cosa es el procedimiento de extradición que se tramita en Gran Bretaña y que exige el cumplimiento del principio de especialidad en cuanto a los delitos admitidos a efectos de la entrega, y otra bien distinta el proceso penal que se sigue en España, aspectos ambos claramente diferenciados e individualizables. La limitación del contenido del proceso no puede tener lugar en esta fase intermedia del iter extradicional, sino sólo cuando el sujeto requerido sea entregado a las autoridades españolas. Será entonces, y no antes, cuando se fijen los contornos del enjuiciamiento por el juez instructor español y a la vista de la resolución británica. Y todo ello a tenor del artículo 14 del Convenio Europeo de Extradición³⁷. Así

³⁶ Pese a la decisión de la Cámara de los Lores en cuanto a la fecha límite para iniciar el procedimiento extradicional, es decir, el 9 de diciembre de 1988, lo cierto es que la Segunda Autorización para proceder, que concedió Jack Straw el 14 de abril de 1999 reconsidera la anterior fecha, permitiendo proceder por hechos anteriores relacionados criminalmente con los que tuvieron lugar después; así *«El Secretario de Estado consideró las acusaciones contenidas en la solicitud respecto de presuntos hechos que habrían ocurrido antes del 8 de diciembre de 1988, pero sólo en la medida en que dicen relación con el carácter criminal de lo que se afirma que sucedió después de esa fecha, es decir, en relación con el interrogante de si los actos de tortura posteriores a esa fecha se ejecutaron en el curso de una conspiración iniciada con anterioridad, de modo que (...) pudieran considerarse una acusación de conspiración para torturar que se prolongó más allá de esa fecha»*.

³⁷ *«La persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada, ni detenida a fines de ejecución de una pena o medida de seguridad, ni sometida a ninguna otra restricción de Su libertad personal, por cualquier hecho anterior a la entrega distinto del que hubiera motivado la extradición (...)»*.

se pone de manifiesto en los autos emitidos por la Sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fechas 24 de septiembre y 19 de noviembre de 1999.

IV. LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Una de las reglas básicas en todo procedimiento de extradición es que los hechos alegados en la solicitud sean incriminados por las leyes de los dos Estados implicados. Es de lógica jurídica que en el Estado requirente su ley califique penalmente los hechos y que el Estado que recibe la solicitud disponga de normativa sancionadora en el mismo sentido³⁸.

La incriminación ha de partir, pues, de cada una de las dos leyes que concurren, de tal forma que los hechos material y psicológicamente se deben tener por infracciones; lo que no es relevante es la coincidencia de calificaciones o que se les otorgue a los mismos hechos idéntica denominación jurídica.

En España, las conductas alegadas en el auto de procesamiento están previstas como delictivas en el Código Penal; concretamente, el genocidio en el artículo 607; el terrorismo en los artículos 571 a 580 en relación con el 515,2 y 516 y las torturas en los artículos 173 a 177³⁹.

Conforme a este principio ha de indagarse si en los ordenamientos jurídicos implicados las conductas son sancionables penal-

³⁸ A pesar del peso histórico e importancia doctrinal que tiene este principio en el procedimiento extradicional, autores de la relevancia de Jescheck son partidarios de su desaparición entre países con rasgos culturales comunes, semejantes valores sociales y un desarrollo político paralelo. Esa concepción negadora ha sido recogida por J. L. MANZANARES SAMANIEGO: *El Convenio Europeo de Extradición*, Barcelona 1986, páginas 48 a 51.

³⁹ Auto del juez Garzón por el que se amplía el procesamiento contra A. Pinochet por 64 nuevos casos de tortura, hecho en Madrid a 30 de abril de 1999. En su Razonamiento Jurídico primero se dice lo siguiente: «*Los hechos descritos integran el tipo penal del delito de torturas y constituyen tantos delitos cuantas acciones se describen de los artículos 174 y 177 del Código Penal, sin perjuicio de ello, las torturas en sí mismas consideradas y el resultado de las mismas, que en algunos casos ha sido o bien de muerte, o bien desaparición forzada, o bien las lesiones de las víctimas han constituido los medios comisivos o instrumentos a través de los que han cometido presuntamente el delito de terrorismo de los artículos 572 y 574 del Código Penal en relación con los artículos 515,2 y 516,2 del mismo Código (pertenencia a organización terrorista), y de un delito de genocidio del artículo 607 a tenor de la aplicación del artículo 177 del Código Penal, por cuanto el resultado de las torturas (muerte o lesión) si esta ha sido practicada en el marco del referido artículo, también constituiría instrumento de ejecución del mismo...».*

mente⁴⁰; tanto en el país donde el delito es cometido y se producen sus efectos —Chile—, como aquel donde el sujeto se encuentra —Gran Bretaña— deben reconocer la existencia de la infracción y su correspondiente pena; con mayor razón, esta circunstancia habrá de concurrir en el ordenamiento español en tanto país requirente.

Junto a la verificación de que los hechos se incluyen en un tipo previsto por las legislaciones implicadas, parece que ciertos sectores doctrinales, legales y también jurisprudenciales entienden que ha de valorarse asimismo la ausencia de causas que podrían impedir el enjuiciamiento o la condena del sujeto. Si concurriera alguna circunstancia eximente (como el obrar en el ejercicio legítimo de un cargo —artículo 20,7.º del Código Penal—) o de exención de responsabilidad (el indulto o la prescripción —artículo 130 del mismo texto legal—) conforme al ordenamiento requerido, cabría rechazar la entrega, al constatar la imposibilidad de llevar a cabo un proceso penal homólogo.

Una de las cuestiones más polémicas y conflictivas, que ha suscitado interés por su incidencia en el procedimiento que se sigue contra Pinochet, es el elemento temporal en la apreciación de la doble tipificación de las conductas punibles; las posibles respuestas pueden ser dos: suponer que la valoración ha de hacerse no en el momento en que se realiza la solicitud sino cuando tiene lugar la perpetración del hecho⁴¹, o bien pensar que la aptitud para ser extraditado afecta a toda conducta tipificada como delictiva al plantearse la solicitud de extradición, con independencia de su valoración en el momento de la comisión de los hechos presuntamente incriminatorios⁴².

⁴⁰ Por más que en los Estados requerido y requirente el hecho se configure como delictivo, ese comportamiento será penalmente irrelevante si el lugar de comisión no lo considera punible, circunstancia que no se suscita en la legislación chilena, en la que ya en 1973 el uso de la tortura por las autoridades estatales estaba considerado como delito de derecho internacional, con carácter prohibitivo universal. Así se señala por lord Millett en la decisión de la Cámara de los Lores, de 24-III-1999, autorizando la extradición: *«The Republic of Chile accepts that by 1973 the use of torture by state authorities was prohibited by international law, and that the prohibition had the character of jus cogens or obligation erga omnes»*.

⁴¹ Lord Browne-Wilkinson, para argumentar sobre la doble incriminación en el marco del segundo Comité de Apelación del 24 de marzo de 1999 argumenta: *«Dado pues que la tortura fuera de Gran Bretaña no era un delito para el Derecho británico hasta el 29 de septiembre de 1988, el principio de doble incriminación, que exige que un acto sea delito tanto para el Derecho español como para el Derecho británico, no puede ser satisfecho en relación con conductas anteriores a esa fecha si entendemos que el principio de doble incriminación reclama que la conducta sea delictiva según el Derecho británico en la fecha en que se cometió»*.

⁴² Acerca del particular, A. REMIRO BROTONS en su obra *El caso Pinochet Los límites de la jurisdicción*, Madrid 1999, manifiesta ser partidario de esta segunda opción, analizada con el telón de fondo del proceso que se sigue contra el ex-dicta-

El artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición recoge este principio sobre la consideración de que la denominación de los tipos es intrascendente si el contenido de la acción delictiva coincide⁴³. La concreta tipificación de los hechos se convierte así en un rasgo secundario pese a que la doble incriminación se identifica, terminológicamente, con la identidad normativa. Las Leyes de Extradición británica y española definen los delitos extraditables conforme a este principio y a la existencia de un mínimo punitivo. En definitiva, se está garantizando el procedimiento extraditorio conforme al principio de legalidad.

El 8 de octubre de 1999 en el juicio seguido ante el Tribunal de Bow Street cuyo titular es el magistrado R. D. Bartle se hacen unas interesantes precisiones acerca de la doble incriminación. El apoyo legal lo encuentra en la Ley de Extradición, sección 2, que indica que un delito será extraditable cuando se valore como *«conducta en el territorio de un Estado extranjero... que, si ocurriera en Gran Bretaña, constituiría un delito punible con cárcel durante un plazo mínimo de doce meses o cualquier castigo mayor y que, descrito en la manera que sea en la ley del Estado extranjero... también se castiga así»*. Ahora bien, como indica el magistrado, si según la ley española los hechos alegados constituyen delito extraditable, ha de aceptar esa alegación⁴⁴.

dor chileno. Para ello, véanse las páginas 95 y 101.

Si el hecho fuera punible en los dos Estados en el momento de su comisión pero dejara de serlo cuando se verifica el procedimiento de extradición, a partir del asunto Abou Daoud la jurisprudencia francesa ha entendido que el procedimiento debería paralizarse. En esa ocasión, Daoud fue acusado de haber perpetrado una masacre entre los integrantes del equipo olímpico israelí, en las Olimpiadas que se celebraron en Munich en 1972. El año 1976 es detenido en Francia, circunstancia que aprovechan las autoridades de la República Federal Alemana y de Israel para solicitar su extradición. París, en una decisión polémica denegó la entrega y Daoud fue puesto en libertad al cabo de unos días.

⁴³ Apdo 1.º: *«Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa»*.

⁴⁴ El fallo del juez Bartle aporta, entre otros, los siguientes argumentos: *«(...) la Alta Corte española Audiencia Nacional, resolución de 5 de noviembre de 1998) ha sentenciado dos veces que la conducta perseguida está considerada delictiva bajo la ley española ¿Podría yo un magistrado sin ningún conocimiento especial o francamente, ningún conocimiento de la ley española, replicar las decisiones de los jueces de un alto tribunal español sobre la ley de su propio país? Creo que no (...). Por lo tanto, concluyo que estoy vinculado por los argumentos españoles en cuanto a la ley de su propia nación y por lo tanto determino que la regla de la doble incriminación está satisfecha»*.

Abundando en su argumentación partidaria de no implicarse en investigaciones extemporáneas de la ley extranjera y, por tanto, contraria a la defendida por los abogados del ex-dictador, el juez cita el fallo de lord Templemann en el caso *In Re Evans*; allí se dijo: *«La ley relevante del Estado demandante es aquella presentada en la de-*

Una vez sentado este parecer, han de analizarse individualizadamente cada una de las conductas imputadas por los órganos judiciales españoles; así, el genocidio, castigado en el mencionado precepto del Código Penal carece de regulación homóloga en la normativa británica. Respecto al terrorismo (Sección 1 de la Ley británica de toma de rehenes, de 1982), no hay en principio obstáculos legales para su inclusión⁴⁵, y en cuanto a las torturas (Sección 134 de la Ley británica de justicia criminal), la doble incriminación tiene fecha: el 12 de diciembre de 1988, es decir, cuando entra en vigor para Gran Bretaña el Convenio contra la tortura.

Con todo, el principio de la doble incriminación no puede predicarse respecto del genocidio y mantiene el terrorismo y las torturas, si bien con limitaciones temporales de carácter sustancial.

V. LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción es una de las causas que provocan la extinción de la responsabilidad penal⁴⁶, anulando la potestad sancionadora del Estado con carácter previo a la emisión de una sentencia de condena. Esta circunstancia ha de valorarse con arreglo a las legislaciones de los dos Estados implicados en el procedimiento extradicional.

Para que la entrega del sujeto reclamado pueda verificarse, ha de ser posible la punibilidad del hecho que motiva la petición, es decir, el delito o la pena no deben haber prescrito.

En el artículo 10 del Convenio Europeo de Extradición se hace mención de la prescripción tanto de la acción penal como de la pena en sí, indiferenciadamente en ambos países, reclamante o de refu-

manda de extradición () Si la presentación de la ley del Estado extranjero hecha en la demanda de extradición fuera imprecisa o incompleta en muchos aspectos y no hubiera acuerdo sobre la interpretación correcta de la ley, entonces el acusado tendría su protección en procedimientos de habeas corpus».

⁴⁵ Si bien sí los hubo desde otra perspectiva, la de la consideración de la inmunidad soberana del sujeto reclamado.

⁴⁶ El artículo 130 del Código Penal recoge las causas por las que la responsabilidad criminal desaparece; han de estar reguladas expresamente. La responsabilidad criminal se extingue:

- 1.º Por la muerte del reo.
- 2.º Por el cumplimiento de la condena.
- 3.º Por el indulto.
- 4.º Por el perdón del ofendido (...).
- 5.º Por la prescripción del delito.
- 6.º Por la prescripción de la pena.

gio⁴⁷. En el mismo numeral del Tratado bilateral entre España y Gran Bretaña se dice, con idéntico sentir: «No se concederá la extradición en el caso de que la responsabilidad criminal hubiere quedado extinguida por cualquier causa prevista en la legislación de la Parte requirente o de la Parte requerida». Esta consideración no es ninguna novedad, ya que no hay convenio o norma estatal que no la contemple como impedimento extradicional con mayor o menor desarrollo⁴⁸. En una línea más restrictiva, el ya histórico Tratado bilateral de 1878 condicionaba en su artículo 12 la extinción de la responsabilidad a la prescripción conforme al Estado de refugio en exclusiva.

En el caso Pinochet, el Razonamiento jurídico quinto del auto de solicitud de extradición justifica el criterio de ausencia de prescripción de los crímenes imputados, genocidio, terrorismo y torturas⁴⁹. Son estos delitos crímenes contra la humanidad según los criterios del Derecho Internacional, de tal forma que la prescripción penal, tanto en lo que se refiere a la persecución del delito como a la imposición de la sanción que en su caso corresponda nunca puede oponerse como causa de exención de la responsabilidad⁵⁰.

En la misma línea se expresa el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se excluye la prescripción respecto de los crímenes que son de su competencia, y la Convención de 11

⁴⁷ «No se concederá la extradición si se hubiera producido la prescripción de la acción penal o de la pena, con arreglo a la legislación de la Parte requirente o a la de la Parte requerida». Este artículo menciona tan sólo la prescripción como causa extintiva de responsabilidad penal, entendiéndose que será suficiente con que uno de los dos Estados implicados se vea afectado por ella según su legislación.

⁴⁸ G. CATELANI y D. STRIANI: *L'estradizione* Milano 1983, página 374.

Para la situación opuesta, es decir, de extradición pasiva, España introdujo en esa misma línea una reserva al artículo 10 del Convenio en la que se dice: «España no concederá la extradición si se hubiera producido la extinción de la responsabilidad criminal por cualquier causa prevista en la legislación de la Parte requirente o de la Parte requerida». Con ello, España buscaba ampliar el contenido del precepto, al referirse a las causas de extinción de la responsabilidad vigentes en cualquiera de los dos Estados implicados, quizá por entender que la limitación en el contenido de la norma es poco acorde con la realidad de nuestra normativa penal.

⁴⁹ «Respecto al transcurso del tiempo, y partiendo de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y la interpretación que la jurisprudencia británica da a los términos «injusta» y «cruel», definidas en la decisión *Kakis Vs Government of The Republic of Cyprus*, 1978 (Ex File n.º 5103), no parece que concurra esta excepción».

⁵⁰ «La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)». Informe elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. Comisión de Derechos Humanos. E/CN. 4/ Sub.2/ 1997/ 20/ Rev. 1, de 2 de octubre de 1997.

de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad «*cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*».

Las condiciones exigidas respecto a la infracción afectan a ambos países, tanto en la incriminación como en la extinción de responsabilidad y así, igual que no cabe la doble imputación si sólo se considera delictivo el hecho para el Estado requerido, tampoco será relevante la extinción de responsabilidad si sólo se produce en este país; no cabrá, en estos casos, denegar la extradición a no ser que la extinción se extienda a los dos Estados.

En cuanto a los plazos para la prescripción del delito o de la pena tras pronunciarse sentencia firme por el órgano correspondiente, ha de estarse a lo que disponga la normativa del Estado solicitante⁵¹ —entendiéndose que en él se ha cometido el ilícito—, y si lo que se quiere es precisar el momento en que ha de tenerse en cuenta la existencia o no de prescripción, no importa la fecha de entrega, porque este acto material es irrelevante en tanto los retrasos o dilaciones suelen ser imputables a quien la concede —y ello no debe provocar alteración alguna en esta fase—, sino que el momento relevante tiene lugar cuando se adopta la decisión acerca de dicha entrega. Así, para que la prescripción impida continuar con el procedimiento es necesario que se haya producido en el Estado requirente antes de la decisión que adopte el requerido⁵².

Cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba el 18 de diciembre de 1992 que la desaparición forzada de una persona podía encuadrarse en el tipo de crimen contra la humanidad en el sentido de «crimen continuado»⁵³, estaba sancionando la im-

⁵¹ Según D. OEHLER: «Aktuelle Probleme der Auslieferung», publicado en francés en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º 3 y 4, de 1968, este criterio se sustenta en el principio *locus regit actum*; así lo pone de manifiesto en sus páginas 397 a 416. Pero esta regulación de los plazos nos es útil si el Estado de realización del hecho y el requirente coinciden, lo que aquí no se produce.

⁵² G. YUSEFF SOTOMAYOR: *La prescripción penal*. Santiago de Chile 1995, 2.ª edición, pág. 170. El autor nos dice que si ha de tenerse en cuenta indistintamente la ley del país requirente o del requerido, convendría dar primacía a aquel de los dos que otorgue un plazo más favorable al reo.

El artículo 359 del Código Bustamante, suscrito en el foro de la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana el 20 de febrero de 1928, dispone: «*tampoco debe accederse a ella si han prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido*», prefiriéndose asimismo el criterio más beneficioso para el sujeto.

⁵³ Este concepto de «delito permanente» quedó plasmado en el artículo 17 de la resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Para el juez Garzón esta ha de ser la consideración que se dé a aquellos hechos calificados no sólo como «actos» sino como «situaciones de tortura»: «(...) ésta, como

prescriptibilidad de la figura. Del mismo modo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la Cámara de los Lores británica han entendido que los delitos que se imputan a Pinochet en el auto de procesamiento constituyen crímenes contra la humanidad, perseguibles en todo momento.

Tanto la desaparición forzada como la sustracción de menores integran los conceptos más amplios de genocidio y terrorismo. Sin embargo, estos han quedado fuera de las primeras fases del procedimiento extradicional por decisión judicial británica. Tan sólo se mantiene la imputación de torturas y conspiración para torturar, cuya prescripción es igualmente inexistente.

El Ministerio Fiscal, mediante interposición de un recurso de queja en escrito de 24 de mayo de 1999 entendía que los hechos constitutivos del delito de tortura estarían, atendiendo a las penas a ellos atribuidas, prescritos. El auto de la Sección tercera de la Sala, de fecha 19 de noviembre del mismo año, indicó que en la medida en que estos hechos se integran en el tipo más amplio del genocidio, no cabe hablar de prescripción (de igual modo se expresó el Pleno de la Sala en el auto sobre atribución de la competencia a la justicia española, concretamente en su Fundamento séptimo).

Desde otro frente argumentativo pero sobre la imprescriptibilidad como referente, se señaló en la denuncia originaria⁵⁴ que la desaparición de un considerable número de ciudadanos españoles, chilenos y de otras nacionalidades no puede calificarse como asesinato sino como detención ilegal con subsiguiente desaparición. Esto conlleva el que mientras no tenga lugar su liberación o se acredite el fallecimiento, el delito «continúa» cometiéndose y, por tanto, no puede predicarse la prescripción de conductas delictivas de naturaleza permanente⁵⁵.

trato inhumano y degradante, es susceptible de constituir para su víctima una violación de derecho sostenida en el tiempo». Así se expresa en su Razonamiento Jurídico cuarto del auto de 30 de abril de 1999.

⁵⁴ La denuncia se presentó ante el Juzgado de guardia de Valencia el 4 de julio de 1996 por el Teniente Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Miguel Miravet Hombrados, en tanto representante del Secretariado Permanente de la Unión Progresista de Fiscales.

⁵⁵ La Resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su «Declaración sobre la protección de las personas contra las desapariciones forzadas» dice: «*Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúan ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*». De igual modo se expresa la Resolución 291 de la Asamblea General en la Convención sobre la no prescripción de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, de 9 de diciembre de 1968.

VI. COSA JUZGADA Y LITISPENDENCIA

Así como en el proceso penal ordinario se defiende y preserva el efecto de cosa juzgada y el correlativo respeto al principio de seguridad jurídica, por las mismas razones no cabrá volver sobre otro procedimiento extradicional verificado contra el mismo sujeto y por los mismos hechos⁵⁶.

Cuando el tribunal que conoce de la solicitud aprecia la existencia de cosa juzgada, no parece viable la continuación del procedimiento; denegar la extradición en atención a este factor es perfectamente posible y ajustado a la normativa interna y convencional, en tanto no cabe volver sobre el fondo de una materia ya resuelta en otra sede.

El Convenio Europeo de Extradición hace expresa mención de este principio⁵⁷. sobre la base del cumplimiento de la cosa juzgada material en su efecto negativo, es decir, mediante la constatación de no poder procederse judicialmente contra un sujeto por hechos que ya han sido conocidos con anterioridad por otro tribunal o autoridad, siempre que se produzca la concurrencia de identidades que el Derecho procesal exige.

Con este efecto se impide no sólo una nueva condena —manifestación estricta del principio non bis— sino que, con consecuencias de mayor alcance, imposibilita un nuevo proceso, con el fin de evitar sentencias reiterativas o, lo que sería peor, contradictorias.

El precepto convencional reivindica el rechazo tajante a la entrega si ya hubo sentencia en el Estado requerido y tan sólo posibilita la negativa cuando sus autoridades entiendan que no cabe persecución conforme a su ordenamiento por los hechos que se im-

⁵⁶ M. A. COBOS GOMEZ DE LINARES y A. CUERDA RIEZU: «La otra cara del problema: la extradición». *Revista de la Facultad de Derecho* n.º 57, 1979. UCM, pág. 183.

⁵⁷ Artículo 9. Non bis in idem. «No se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiere sido definitivamente sentenciada por las autoridades competentes de la Parte requerida, por el hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición. Podrá ser denegada la extradición si las autoridades competentes de la Parte requerida hubieren decidido no entablar persecución, o poner fin a los procedimientos pendientes por el mismo o los mismos hechos».

De igual modo, los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se fijan en la cuestión, así como los artículos 35 a 37 del Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, de 17 de mayo de 1972, preceptos que integran el Título V, denominado precisamente *Non bis in idem*. Es también de interés el Convenio de Cooperación política europea sobre el valor internacional del principio non bis in idem, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987 —pese a no haber sido aún firmado por España—.

putan. Lo que aquí puede llegar a plantearse es el contenido y efectos de la expresión «definitivamente sentenciada», circunstancia que nos sumerge en la teoría y la práctica procesales⁵⁸.

Desde la perspectiva extradicional interna, el principio non bis se regula en la Ley de Extradición Pasiva. Su redacción destaca por la mezcla de categorías y diferentes fases procesales, que no distinguen si el sujeto ya ha sido juzgado —en cuyo caso convendría saber primero en qué fase del posible recurso se encuentra la litis—, o bien si el juicio está pendiente —lo que daría lugar a que se activara, pese a la literalidad del precepto, no el non bis sino una cuestión de litispendencia—.

En tanto cláusula de exclusión de la extradición, la figura ostenta diferente tratamiento según estemos ante la regulación interna o convencional. La Ley de Extradición Pasiva exige que el juicio haya tenido lugar o se esté verificando, mientras que el Convenio Europeo de Extradición exige exclusivamente una sentencia firme sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. La norma íntima, subsidiaria en su aplicación, parece barajar dos posibilidades de actuación ante una solicitud de entrega: denegarla categóricamente si ha tenido lugar o se está llevando a cabo el juicio, si ha existido resolución judicial con efecto de cosa juzgada o si se ha sobreseído libremente la causa⁵⁹; en los demás casos, es decir, cuando se decide no iniciar o no proseguir el procedimiento —caso del sobreseimiento provisional—, las autoridades no se verán compelidas sino tan solo facultadas a proceder afirmativamente ante la solicitud del requirente a realizar la entrega.

⁵⁸ España hizo una Declaración en este sentido, en donde se expresa lo siguiente: «Se entenderá que la persona ha sido definitivamente sentenciada cuando la resolución judicial no sea susceptible de recurso ordinario alguno, por haberse agotado estos, por haber sido consentida la resolución o por la propia naturaleza de la misma». Debemos entender que dentro de los recursos ordinarios está el de casación pero no el de revisión ya que este se integra en los denominados recursos extraordinarios. Esto significa que si, como apunta J. L. MANZANARES SAMANIEGO en su obra *El Convenio Europeo de Extradición*, Barcelona 1986, página 137, se reabre el proceso a consecuencia de un recurso de revisión, nos encontraríamos ante el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio, es decir, sería un caso claro de litispendencia.

Lo cierto es que el origen de esta polémica terminológica parte de un defecto de transcripción al castellano del texto francés original, en el que el término «definitivement» debería haberse traducido expresamente por «firmeza» para evitar que se suscitaran dudas de contenido y comprensión e impedir confusiones que con una correcta traducción nunca se hubieran producido.

⁵⁹ Estas dos circunstancias amplían el marco de actuación del principio non bis en el derecho interno, subsidiario, frente a la mayor restricción que impone el Convenio Europeo de Extradición. El auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 1998 en el asunto Sánchez Tolosa ha sentado una interesante doctrina al valorar la prevalencia del Convenio frente a la ley española de extradición.

En el caso Pinochet, el Ministerio Fiscal alegó en el recurso de reforma y en el posterior de apelación, así como en el acto de la vista, de 29 de octubre de 1998, que los hechos que integran la causa han sido ya juzgados en el país de comisión cosa juzgada— y que existen procedimientos penales pendientes en la Corte de Apelaciones de Santiago —litispendencia—, en concreto, catorce querellas criminales, once de las cuales investiga el juez J. Guzmán⁶⁰. Si se decidiera su procesamiento, la justicia militar podría solicitar el conocimiento de la causa, circunstancia que convierte la existencia de esas querellas en un mero gesto, puro símbolo sin proyección jurídica alguna.

El juicio a Pinochet en su patria no parece viable y no sólo por impedimentos legales sino también, y ante todo, por razones políticas. Desde la Unión Progresista de Fiscales se ha apuntado que durante 24 años no se ha admitido a trámite en Chile una sola denuncia contra el ex-dictador; pero curiosamente, desde marzo de 1998 la incoación de los catorce procedimientos es paralela a la solicitud de los fiscales españoles de proceder al archivo de las actuaciones en nuestro país, alegando, precisamente, litispendencia⁶¹.

En posición enfrentada a lo anterior y alegando el artículo 23,2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige que «el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido condena», el Ministerio público considera que de las circunstancias presentes se deriva la vulneración del texto citado a tenor de los casos concretos que este órgano aporta.

Pese a todo, no es esta la opinión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, en el auto emitido sobre la competencia de la justicia española para conocer de los hechos, declara irprejuzgados los delitos.

El hecho de que los tribunales chilenos decretaran el sobreseimiento definitivo de las causas citadas por el Ministerio Fiscal por mor del Decreto Ley 2191/78, traslada la decisión de amnistía fuera del Derecho internacional de aplicación necesaria, puesto que se despenalizaron conductas sobre fundamentos estrictamente políti-

⁶⁰ El 16 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Chile rechaza la petición de su Gobierno para nombrar a un juez especial que investigue las querellas presentadas contra Pinochet en su país.

⁶¹ C. CASTRESANA FERNANDEZ: «La encrucijada de Blair». Artículo de opinión publicado el 5 de diciembre de 1998 en el diario *El País*.

cos. La Ley de Amnistía de 1978, elaborada por la Junta de Gobierno Militar de la República, ampara todos los delitos cometidos en violación de los derechos humanos, bajo condición de no encontrarse los autores incurso en un proceso o condenados, desde la fecha del golpe de Estado de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, período que abarca los momentos de máxima represión.

El auto de la Sala no deja margen de duda: no es esta una situación de absolución o indulto verificada en país extranjero (artículo 23,2 c citado), sino antes bien, un caso de conducta no punible en el país donde se perpetró el delito por razón de la aplicación de una norma despenalizadora elaborada con posterioridad a la comisión de los hechos⁶².

VII. CONCLUSIONES

La detención en Londres del ex-dictador ha marcado un antes y un después en la lucha contra los delitos denominados de persecución universal. La acusación de genocidio ha sido de compleja y difícil justificación, pero no así las de tortura, asesinato o desapariciones forzadas.

La denominada «dejación de jurisdicción» por parte de la justicia de Chile ha sido pieza clave y detonante en la formulación de los cargos y en la presentación de los valiosos testimonios de víctimas, juristas y organizaciones internacionales y justifica y explica, a priori, la intervención —que no entromisión— de los tribunales españoles. Alegar aquí la aplicación de la soberanía territorial en materia penal obstaculizaría la represión de estas conductas hasta caer en la impunidad; no podemos hacer de este principio un re-

⁶² Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre atribución de la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, de 5 de noviembre de 1998. En el Fundamento de derecho 8.º se hacen, entre otras, las siguientes consideraciones: «Han de tenerse por impreviados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley 2191 de 1978 pueda considerarse contrario al ius cogens internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

ferente absoluto, sino matizado y completado por otros, esenciales ante la universalidad del Derecho.

A lo largo de las páginas precedentes se ha pretendido dar una visión global del procedimiento en sus fases previas, aún ante la justicia británica, intentando plasmar con sintetismo los escollos procesales y penales que un asunto de cariz internacional provoca. Pero conviene no olvidar que junto al contenido eminentemente jurídico de la cuestión existen además motivaciones políticas polarizadas entre quienes ven estos hechos como un símbolo en la defensa de los derechos humanos y quienes consideran las decisiones adoptadas como una ausencia de respeto al proceso de transición de un pueblo, soliviantado por la repercusión internacional que la pasividad de sus autoridades judiciales suscita.

Los efectos que este proceso en curso tengan lugar en Chile son, por el momento, desconocidos; las primeras tensiones sociales o los incipientes rechazos a la política española o británica, están dejando paso, como era previsible, a una situación de espera, en atención al futuro desarrollo de los hechos. Posiblemente, cuando se conceda, si así sucede, la extradición a España, vuelvan a enervarse los ánimos en aquel país, pero esgrimir la amenaza de una posible involución da argumentos a quienes sostienen que la democracia en Chile es dependiente de la voluntad de los ejércitos.

Mientras se avanza en la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente que persiga, juzgue y condene crímenes cuya víctima es la humanidad, habrán de ser los propios Estados quienes, con sus normas como referente luchen contra esas conductas cualquiera que fuere el lugar de comisión.

